

## DERECHO DE SUPERFICIE FORESTAL\*

Por **Nelly A. Taiana de Brandi** y **Maritel M. Brandi Taiana**

### Introducción<sup>1</sup>

Por una parte, saludamos con beneplácito la incorporación del **derecho real de superficie** a nuestro derecho positivo. A su vez, por otra parte, nos decepciona comprobar que se lo acota a la forestación. Efectivamente, la ley 25509, sancionada el 14 de noviembre de 2001 y promulgada el 11 de diciembre del mismo año, consagra el “**derecho real de superficie forestal**”<sup>2</sup>.

Específicamente, la ley busca dar respuesta eficiente al bajo nivel de utilización de la superficie cubierta con bosques naturales y cultivados, que en el país alcanza una quinta parte de su extensión, y crear condiciones que hagan innecesaria la importación y, por el contrario, posibiliten su industrialización así como la incorporación de valor agregado a la producción, de manera de facilitar nuestra participación activa y competitiva internacional.

Resulta de los fundamentos desarrollados en el proyecto de ley, que ésta persigue, en particular:

- a) complementar la ley 13263 de desarrollo de la actividad forestal, la ley 24857 de estabilidad fiscal para inversiones forestales y los regímenes de subsidio;
- b) sustituir las importaciones de madera, celulosa y papel para diarios;

---

\*Especial para *Revista del Notariado*.

(1) Pudimos realizar este análisis gracias a la colaboración de nuestra bibliotecaria Ana María Danza, quien nos proporcionó los fundamentos del proyecto de ley.

(2) Ver su utilidad en Anís, Sara R. Aragón, Cecilia y Portello, Sylvia en obra *Ponencias 2000* a las XXV Jornadas Notariales Argentinas, celebradas en Mendoza, agosto de 2000, tema I, pág. 217. Brandi Taiana, Maritel Mariela en las citadas *Ponencias*, pág. 243.

c) lograr el desarrollo foresto-industrial que permita una explotación rentable;

d) permitir la complementación entre propietarios de tierras aptas, sin recursos suficientes, y pequeñas o medianas empresas que con su capital de giro no pueden adquirir el terreno, sin desmedro de la explotación, atendiendo por igual los intereses de ambas partes contratantes en respeto de principios constitucionales y pilar básico de nuestro sistema jurídico;

e) evitar, a su vez, la transferencia de pequeños y medianos fundos a grandes compañías con capacidad de compra y explotación que se benefician con los regímenes promocionales;

f) la conversión tecnológica y

g) generar puestos de trabajo para mano de obra no calificada en zonas de bajo nivel de desarrollo.

## Concepto

Casi resulta innecesario conceptuar genéricamente este derecho real, cuya consagración ha esperado tanto la comunidad. Ha sido objeto de estudio por la doctrina jurídica en forma exhaustiva. Cabe señalar el análisis realizado en las XXV Jornadas Notariales Argentinas, celebradas en Mendoza en agosto de 2000<sup>3</sup>.

Sin embargo, a modo de reconocimiento a Vélez Sársfield, recurriremos a su definición en la nota al artículo 2503: “...el derecho del superficiario consistía en poder hacer obras como edificar casas, plantar árboles etc., adherentes al suelo, sobre las cuales tenía un derecho de propiedad, independiente del de propietario del terreno, el cual, sin embargo, podía por derecho propio, hacer sótanos y otros trabajos subterráneos bajo de la misma superficie que pertenecía a otro, con tal que no perjudicase los derechos del superficiario, así como el superficiario no podía deteriorar el fondo del terreno”.

En puridad, a pesar de su designación, el derecho puede concretarse en el suelo, en el vuelo, sobre construcciones y en el subsuelo.

Es más precisa la definición de Ripert-Boulanger, cuando describe: “Este derecho consiste en ser propietario de edificios o de plantaciones realizados en un terreno que pertenece a otro... separando la propiedad de la superficie de la propiedad del suelo... La palabra ‘superficie’ no designa en este caso la superficie geométrica del suelo, sino los objetos que se encuentran en el mismo”<sup>4</sup>.

Más amplia es la autora del trabajo citado, cuando dice: “Una característica de este derecho es considerar al suelo, terreno o fundo como algo distinto y separable del espacio aéreo o subterráneo, que en consecuencia pueden reconocer distintas titularidades”<sup>5</sup>.

(3) Tema I en las XXV Jornadas Notariales Argentinas, cuyos trabajos se publicaron en *Ponencias 2000*, págs. 7 y siguientes.

(4) B. Liliana Mezza, “Derecho de superficie. Antecedentes y situación actual”, en *Ponencias 2000*, pág. 7.

(5) Trabajo citado en nota 4, fs. 8.

Creemos que es más abarcativa la definición que intenta Vélez y desarrollan Ripert-Boulanger y Mezza que la que enuncia el Proyecto de Unificación de Legislación Civil y Comercial –decreto 685/95–: “*La superficie es un derecho real de construir o forestar sobre inmueble ajeno y hacer propio lo incorporado o de adquirir una construcción o forestación ya existente separada de la propiedad de su emplazamiento*”. De todos modos, la previsión que antecede es un avance respecto del Proyecto de Unificación Civil y Comercial de 1987 y del Proyecto de Unificación de la Comisión Federal de 1993, que lo creaban sólo para construcciones y en términos genéricos.

Si bien excede el marco de este trabajo, es oportuno destacar que la previsión de este derecho en el Proyecto no es más que otra manifestación de la excelente apertura conceptual que lo caracteriza en el tratamiento de los derechos reales.

Decimos que son más felices las primeras definiciones por su mayor extensión en cuanto a la comprensión de **otras plantaciones que no constituyen forestación**, si por tal entendemos el cultivo de los árboles y matas para tallar, para leña o carbón y/o para suministrar materiales de construcción o materia prima para la industrialización, léase celulosa y papel.

Esta ampliación a otras plantaciones es, también, la que propicia Alfonso Gutiérrez Zaldívar<sup>6</sup> cuando comenta el Proyecto de Unificación a que nos hemos referido: “... *al incluir en el proyecto la palabra ‘forestación’, se tuvo en cuenta estrictamente lo que abarca su significado, sin dejar lugar a otros tipos de plantaciones... el derecho debe ser extendido también a plantaciones que dan sus frutos y quedan fijas al suelo por largos plazos, tales como citrus, viñedos, olivos, nogales u otros del mismo tipo... cuyo rinde económico no consiste en la destrucción de la planta todos los años...*”

En definitiva, podemos decir a modo de corolario que el **derecho de superficie es un derecho desmembratorio del dominio o dominio revocable, temporario pero de plazo prolongado, transmisible, que tiene por objeto la realización de construcciones, plantaciones, obras y/u otras mejoras en un predio ajeno, en su suelo, vuelo, subsuelo o sobre construcciones o cultivos anteriores, el que durante su vigencia suspende el ejercicio del derecho de acción del propietario.**

## Extensión del derecho real de superficie en la ley

La ley sancionada crea “**el derecho real de superficie forestal**” con lo que, en principio, **deja fuera de su objeto esas otras plantaciones** cuya explotación requiere un tiempo prolongado para obtener sus frutos y la recuperación de la inversión con más el lucro que todo emprendimiento comercial persigue, verbigracia, la higuera, el nogal, el olivo, el membrillo, la vid, etcétera.

La normativa comienza por invocar la ley de inversiones para bosques cultivados, que lleva número 25080 y que en su artículo 4º describe lo que debe

(6) Alfonso Gutiérrez Zaldívar, “El derecho real de superficie” en *Ponencias 2000*, fs. 201, trabajo cuya lectura completa recomendamos.

entenderse por bosque cultivado: “Entiéndese por bosque implantado o cultivado... el obtenido mediante siembra o plantación de especies maderables...”

Si deseamos acceder al concepto de bosque en general al que se refiere nuestro nuevo ordenamiento normativo, debemos acudir al artículo 1º de la ley 13273 de defensa de la riqueza forestal, que dice: “bosque es toda formación leñosa natural o artificial...”

En su artículo segundo, la ley 25509 ensaya una definición del derecho real que regula: “El derecho real de superficie forestal es un derecho real autónomo sobre cosa propia temporario, que otorga el uso, goce y disposición jurídica de la superficie de un inmueble ajeno con la facultad de realizar forestación o silvicultura y hacer propio lo plantado o adquirir la propiedad de plantaciones ya existentes, pudiendo gravarla con derecho real de garantía”.

En el artículo 13 modifica la redacción del artículo 2503 del Código Civil, incorporando como nuevo derecho real “la superficie forestal”.

No podemos menos que señalar nuestra extrañeza sobre este método por el que ha optado el legislador al tipificar el derecho real indicando la cosa sobre la que recae en su género y especie. Si bien no nos detendremos en estas notas a hacer un estudio en particular, creemos conveniente dejar planteada nuestra inquietud ante este tratamiento legislativo que más que una “tipificación” aparece como una arbitrariedad.

A pesar de que el artículo 12 de la ley dispone la modificación del artículo 2614 del Código Civil derogando como derecho real prohibido el derecho de superficie, creemos que esta sola supresión no nos habilita a extender el derecho a las construcciones, pero sí, tal vez, a las plantaciones que citamos al comienzo de este acápite.

La redacción que proponía el proyecto de ley nos hubiera facilitado la tarea porque en todo el articulado propuesto sólo se refería al “derecho real de superficie” sin aditamentos; respecto de su contenido, reconocía al superficiario el derecho a “realizar plantaciones o adquirir... plantaciones existentes”; y al reglar la extinción del derecho, disponía que éste no se producía si el superficiario plantaba “nuevas especies arbóreas”. A tenor del artículo 12 de la ley, el artículo 2614 del Código Civil ha quedado redactado así: “los propietarios de bienes raíces no pueden constituir sobre ellos derechos enfitéuticos ni imponerles censos ni rentas que se extiendan a mayor término que el de cinco años, cualquiera sea el fin de la imposición; ni hacer en ellos vinculación alguna”.

## Caracteres estatutarios del derecho real de superficie

La ley 25509 regula en forma expresa requisitos y caracteres que hacen al derecho real como tal y son inderogables para las partes:

---

(7) Nos place comprobar que en la nueva redacción del artículo se ha quitado la coma colocada después de “censos”, que había llevado a la doctrina a sostener, en tres posturas diferentes, que la norma admitía: a) la constitución de todos los derechos allí enumerados, b) la constitución de censos y rentas y c) sólo la constitución de rentas; cualquiera de ellos por un plazo máximo de 5 años. La supresión de la coma indica que los derechos permitidos por un plazo máximo de 5 años son los censos y las rentas.

1) Su **fuerza contractual**<sup>8</sup> y **consensual**. Desde la convención existe el derecho de superficie, ya sea sobre lo forestado o plantado o antes de forestar sobre el suelo, mientras se da cumplimiento a la carga que implica el derecho superficiario. No obstante su incorrecta expresión terminológica, el proyecto de ley contemplaba la posibilidad de constituir el derecho por actos de última voluntad. Decía: “*el derecho... sólo puede adquirirse por actos entre vivos y tradición de última voluntad*”. Creemos también que podría nacer por usucapión.

2) La necesidad de la observancia de las formalidades de constitución propias de todo derecho real: **título y modo**<sup>9</sup>. Como, a diferencia del fideicomiso, aquí hay dos titularidades, se prevé la apertura de nueva matrícula registral que tendrá la vigencia temporaria del derecho creado.

3) Su **publicidad registral** para lograr la oponibilidad a terceros<sup>10</sup>.

4) Su **plazo máximo de 50 años** que obliga sin excepción a propietario y superficiario. Si se pacta por mayor tiempo, el contrato subsiste por el plazo máximo legal<sup>11</sup>. En el proyecto de ley se había previsto, a su vez, un plazo mínimo de constitución de 15 años.

## Particularidades del derecho real regulado

Prevé la ley la posibilidad de “gravar” la propiedad superficiaria con “derecho real de garantía” reconociendo, así, la posibilidad de constituir un derecho real sobre un derecho real. Es decir, un derecho real no sobre una cosa en los términos del artículo 2311 del Código Civil, sino sobre bienes en los términos del artículo 2312 de la misma normativa. Esta conclusión surge de la lectura del artículo 2º *in fine*, ya transcripto.

La ley se expresa en términos genéricos: “derecho real de garantía”, con lo que surge la posibilidad de constituir hipotecas y fideicomisos en garantía. Se trata del derecho real de hipoteca sobre un derecho. Ellos no obstarán a la constitución de prenda sobre la producción. Esta posibilidad de constituir derechos reales sobre bienes en general y no sólo sobre cosas ya tiene reconocimiento en nuestro derecho positivo, en la ley 24441, en cuanto a la consagración de la propiedad fiduciaria.

Esta nueva normativa no hace sino insistir en un nuevo supuesto en el campo del cambio de la estructura de los derechos reales consagrados por Vélez Sársfield y mantenida en la reforma de 1968, que sólo los admite sobre cosas.

La ley 25509 nada dice sobre la transmisibilidad del derecho, parcial o to-

(8) Artículo 5: “El derecho real de superficie forestal se adquiere por contrato, oneroso o gratuito, instrumentado por escritura pública y tradición de posesión. Deberá ser inscripto, a los efectos de su oponibilidad a terceros interesados, en el Registro de la Propiedad Inmueble de la Jurisdicción correspondiente, el que abrirá un nuevo folio correlacionado con la inscripción dominial antecedente”.

(9) Ídem nota 7.

(10) Ídem nota 7.

(11) Artículo 6: “El derecho real de superficie forestal tendrá un plazo máximo de duración por cincuenta años. En caso de convenirse plazos superiores, el excedente no valdrá a los efectos de esta ley”.

tal, por actos entre vivos o mortis causa. Por supuesto que esta transmisibilidad no se dará cuando el superficiario no tenga herederos o se tratara de una persona jurídica que se disuelve, supuestos en los que se producirá la consolidación que veremos más adelante.

Tampoco la nueva ley consagra el “derecho de tanteo” al que se refieren, fundamentándolo, Eloisa A. Baca Martínez, María C. Yacopino y María R. Burgueño<sup>12</sup>, por una parte, y, por su lado, Alfonso Gutiérrez Zaldívar<sup>13</sup>, quien remite al trabajo de los escribanos Alicia B. Alasia, Lidia Patania de Botte, Rita Slimovich de Burstein y Marcelo A. Volco, presentado a la XXVII Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Capital Federal. En cuanto a su contenido, dicen las primeras que *“es aquel que se conceden recíprocamente el propietario del suelo y el titular superficiario para consolidar su derecho, el primero con la posibilidad preferente de adquirir lo construido y el segundo de convertirse en titular del suelo, configurándose así el dominio perfecto en cabeza de uno solo”*. Las expositoras señalan con acierto que la inclusión del derecho de tanteo condice con *“el concepto romanista y velezano conservador de la propiedad... y con el carácter de temporalidad que posee el derecho de superficie”*. Gutiérrez Zaldívar, a su vez, señala la necesidad de su inclusión expresa *“para poder dar a los terceros el conocimiento de que existe este derecho de tanteo, y que los adquirentes y en especial los de subasta judicial, sepan que el titular del terreno o el superficiario, según el caso, tienen derecho a poder adquirir lo subastado con preferencia”*.

### Contrato de superficie

Es importante nuestro asesoramiento en la redacción de los contratos que servirán de base al derecho real de superficie, del que nacerán las facultades y obligaciones del superficiario o su sucesor. Hay numerosas cuestiones que son reglamentarias en este derecho y que pueden pactarse libremente, por ejemplo, las plantaciones y su extensión, la prohibición de la constitución de hipoteca, el derecho de preferencia para el caso de transmisión onerosa de cualquiera de ambos derechos reales: dominio o superficie.

Como concedente debe celebrarlo el titular del dominio o condominio sobre el inmueble.

Se trata de una excelente oportunidad de generar ingresos genuinos para el Estado, sea nacional, provincial o municipal, que merced al nuevo derecho real puede dar utilidad a tantas tierras improductivas en lugares alejados del país, conservando la propiedad y beneficiándose con las mejoras. No se trata de una posibilidad menor, sino que tiene gran trascendencia, no sólo desde el punto de vista económico, sino principalmente político y social.

**Respecto de la trascendencia de este derecho aplicable a tierras fiscales, dejamos para otra oportunidad el desarrollo in extenso de la posibilidad de transmitir el derecho de superficie en fideicomiso, que fue objeto de estudio**

(12) Las nombradas en “Derecho de Superficie”, en *Ponencia 2000*, fs. 226.

(13) Trabajo citado en nota N° 6, fs. 202.

en las XXV Jornadas Argentinas ya citadas, al que nos remitimos<sup>14</sup>. El superficiario debe respetar los derechos constituidos con anterioridad por el *dominus* y, a su vez, tiene amplias facultades de uso, goce y disposición de su plantación, con la única limitación del plazo pactado, a cuya expiración, extinguido su derecho real, las plantaciones que subsistan serán del propietario pleno. También creemos posible que las facultades del superficiario sean convencionalmente limitadas, por ejemplo, el derecho a gravar.

Más aún que el proyecto, la ley pone énfasis en la protección del concedente, a quien le reconoce en forma expresa, pero innecesaria, su derecho a enajenar el inmueble. También va de suyo que el adquirente adquirirá su dominio desmembrado<sup>15</sup>.

A su vez, el concedente, a quien la ley llama en todo momento “*propietario del inmueble*”, tiene frente al derecho real del superficiario el deber de respeto que corresponde a todo derecho real y al que se encuentran obligados todos los miembros de la comunidad. “*No debe turbar los derechos del superficiario*”, razón por la cual no podrá “*constituir ningún otro derecho real de disfrute o garantía*”<sup>16</sup>. Se trata, ni más ni menos, que del deber que todos debemos observar hacia los derechos reales.

Así lo dice Vélez en su nota al artículo 497 del Código Civil: “*Esta necesidad general y común a todos, que corresponde a un derecho real, forma un deber que cada uno está sin duda en el caso de respetar, como una obligación personal, mas no constituye una obligación*”. Igual criterio ratifica en la nota al artículo 2971 del mismo cuerpo legal.

Sin embargo, frente al texto expreso de la ley, en su artículo 4º, nos preguntamos: ¿No sería posible que, dado en superficie el suelo o el vuelo, el concedente pudiera, a su vez, constituir otro derecho desmembratorio o de garantía del subsuelo?

El contrato puede ser oneroso o gratuito, pero creemos que no será esto último si a la extinción subsisten mejoras que quedan en beneficio del propietario pleno. En este supuesto, en que la utilidad queda diferida en el tiempo, la redacción del contrato y nuestra labor asesora cobrarán suma importancia para evitar que, ante el eventual fallecimiento del propietario antes de la extinción del derecho real de superficie, los herederos de aquél procuren alegar su gratuidad. Dada esta alternativa, no creemos posible la aplicación analógica del artículo 3603<sup>17</sup> del Código Civil, por cuanto en materia sucesoria el or-

(14) Brandi Taiana, Maritel Mariela, trabajo citado en nota 2, págs. 237 y siguientes.

(15) Artículo 3º: “El propietario del inmueble afectado a superficie forestal conserva el derecho de enajenar el mismo, debiendo el adquirente respetar el derecho real de superficie forestal constituido”.

(16) Artículo 4º: “El propietario del inmueble afectado a derecho real de superficie forestal no podrá constituir sobre él ningún otro derecho real de disfrute o garantía durante la vigencia del contrato, ni perturbar los derechos del superficiario; si lo hace el superficiario puede exigir el cese de la turbación”.

(17) Artículo 3603: “Si la disposición testamentaria es de un usufructo, o de una renta vitalicia, cuyo valor exceda la cantidad disponible por el testador, los herederos legítimos tendrán opción a ejecutar la disposición testamentaria, o a entregar al beneficiario la cantidad disponible”.

den público es de estricta observancia. De todos modos, debemos investigar si encuadraríamos la cuestión como un supuesto de cesión de derechos a título gratuito, de tal manera que, al no ser donación, no resulte de aplicación la reivindicación del artículo 3955 del Código Civil, sino la doctrina elaborada para la cesión de derechos hereditarios a título gratuito, que resuelve la cuestión numéricamente.

### Extinción del derecho de superficie

La ley enumera en sus artículos 7º y 8º las siguientes causales de extinción: a) la *renuncia expresa*, b) el *vencimiento del plazo contractual*, c) el *cumplimiento de una condición resolutoria pactada*, d) la *consolidación, en una misma persona de las calidades de propietario y superficiario* y e) el *no uso durante tres años por la falta de plantación o la “destrucción total o parcial de lo plantado”, a menos “que el superficiario realice nuevas plantaciones” dentro de ese plazo*. El mismo debe ser contado a partir de la destrucción total de lo plantado como lo preveía el proyecto. No obstante la confusa redacción del artículo 7º, pensamos que la destrucción parcial no sería causa de extinción del derecho, salvo convención en contrario.

En el caso de la consolidación, ya sea por renuncia, prescripción o confusión, es congruente la ley cuando dispone en su artículo 10º que los “*derechos y obligaciones del propietario y del superficiario continuarán con sus mismos alcances y efectos*”. Evidentemente, el propietario no podría invocar causa para el incumplimiento y menos para la extinción de los derechos constituidos cuando era sólo superficiario.

No procede, por disposición expresa de la ley, el abandono del derecho, ya que “*la renuncia por el superficiario... no lo libera de sus obligaciones*”<sup>18</sup>.

A la extinción del derecho real de superficie, el dominio pleno regresa al *dominus* y vuelve a funcionar el principio de accesión suspendido a tenor del artículo 2524, inciso 3º, del Código Civil. Además, el propietario conserva para sí las plantaciones, aun en situación de talla, sin desmedro de su obligación de indemnizar al superficiario “*en la medida de su enriquecimiento*”, salvo disposición contractual en contrario<sup>19</sup>.

### Colofón

Este trabajo no tiene otro objetivo que compartir con los lectores la alegría que sentimos al ver consagrado nuestro derecho de superficie y, al mismo tiempo, nuestra decepción por el “corralito” impuesto a un derecho real de tal envergadura, a la vez que propiciar la investigación de su posible extensión a otras plantaciones no boscosas. De resultar ello imposible, debemos propiciar

(18) Artículo 9º: “La renuncia del derecho por el superficiario, o su desuso o abandono, no lo liberan de sus obligaciones”.

(19) Artículo 11: “Producida la extensión del derecho real de superficie forestal, el propietario del inmueble afectado extiende su dominio a las plantaciones que subsistan, debiendo indemnizar al superficiario, salvo pacto en contrario, en la medida de su enriquecimiento”.



la reforma legislativa de forma inmediata. Las plantaciones de nogal, de olivo, de higueras, las vides así lo reclaman.